

AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección : 006
MADRID

POSBRO OFICIO REMITIR TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

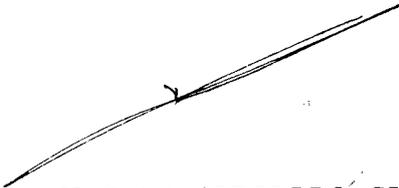
Número de Identificación Único: 28079 23 3 2008 0002721
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000199 /2008**
Recurrente: ASOCIACION PROV AUTOPATRONOS Y EMPR DE TRANSP DE
CONT Y AF POR CRTRA PROV BARNA

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de ASOCIACION PROVINCIAL DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES Y AFINES POR CARRETERA DE DA PROVINCIA DE BARCELONA, adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por LA RECURRENTE.

Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a veintinueve de Febrero de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL


FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
RegOf: 1427 / RG 1427
05/03/2012 11:54:07

**ILMO. SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA
COMPETENCIA. EXTE.623/07 TRANSPORTES BARCELONA.**

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000199/2008
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 02435/2008
Demandante: ASOCIACIÓN DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES Y AFINES POR CARRETERA (TRANSCONT)
Procurador: D^a MARÍA JESÚS GONZÁLEZ DÍEZ
Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado: ASOCIACIÓN MEDITERRÁNEA DE TRANSPORTISTAS CONTENEDORES E INTERMODAL (AMETRACI)
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a diecinueve de enero de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Asociación de Autopatronos y Empresarios de Transporte de Contenedores y Afines por Carretera (TRANSCONT)**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Jesús González Díez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión**

Nacional de la Competencia de fecha 1 de abril de 2008, relativa sanción, siendo **Codemandado** la Asociación Mediterránea de Transportistas Contenedores e Intermodal (AMETRACI) y la cuantía del presente recurso 7.340.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación de Autopatronos y Empresarios de Transporte de Contenedores y Afines por Carretera (TRANSCONT), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Jesús González Díez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de abril de 2008, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta y se le indemnice por los perjuicios causados.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día quince de enero de dos mil doce.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de abril de 2008, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 7.340.000 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO: La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva:

“Primero.- Declarar que TRANSCONT es responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, al funcionar como un cártel, realizando en su seno acuerdos horizontales, decisiones y recomendaciones, todo lo

cual se manifiesta, entre otros extremos en haber fijado junto con ALTC las tarifas de referencia anuales para los servicios de transporte de contenedores de mercancías por carretera prestados por transportistas autónomos; en haber recomendado a sus asociados la aplicación de la tarifa anual acordada con ALTC, y al haberles exigido que realizasen la facturación a sus clientes a través de la asociación, con el objeto de controlar tanto las tarifas aplicadas como el volumen de trabajo realizado por cada asociado; en establecer límites a la producción, esta infracción se ha materializado sometiendo a autorización por parte de las juntas de dirección de ambas asociaciones los planes de expansión de flota de sus asociados y concediendo, mediante venta o alquiler, distintivos a colocar en los vehículos, de forma que sólo los poseedores de tales distintivos podían acceder físicamente al mercado; igualmente en haber exigido a sus no asociados la firma de unos acuerdos de colaboración para poder acceder a trabajar en el Puerto de Barcelona, mediante los cuales, estos colaboradores asumían el pago de un donativo, la facturación obligatoria a través de la asociación y el compromiso de mantenerse trabajando para los mismos clientes para los que venían trabajando con anterioridad y, en definitiva en haber aprobado en sus estatutos la cláusula j) de sus funciones, mediante la cual asumen funciones de ordenación y reparto del mercado al establecer turnos de espera.

Segundo.- Declarar que ALTC es responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, por constituir un cártel, actuando como tal y realizando acuerdos entre competidores, decisiones y recomendaciones, lo cual se manifiesta, entre otros extremos, en haber aprobado y posteriormente recomendado a sus asociados la aplicación de una tarifa anual calculada sobre la base de la tarifa para autónomos previamente acordada con TRANSCONT; en haber establecido límites a la producción, sometiendo a autorización por parte de las juntas de dirección de ambas asociaciones los planes de expansión de flota de sus asociados y concediendo, mediante venta o alquiler, distintivos a colocar en los vehículos, de forma tal que únicamente sus poseedores pudieran acceder al mercado.

Tercero.- Imponer una sanción a TRANSCONT de 7.340.000 euros.

*Quinto.- Intimar a TRANSCONT y a ALTC para que en el futuro se abstengan de:
?? elaborar, ni conjuntamente ni por separado, tarifas para la prestación de servicios de transporte.*

?? distribuir entre sus asociados, ni a clientes de los mismos, ningún tipo de tarifas, ya sean éstas orientativas, de referencia, o recomendadas.

?? comercializar números distintivos para acceder a las instalaciones del puerto libremente.

?? realizar servicios de facturación a sus socios, o cualquier otro instrumento que permita identificar los precios y el volumen de trabajo con que sus asociados trabajan.

?? someter a autorizaciones de las juntas directivas de las asociaciones la expansión del tamaño de la flota de camiones de los asociados.

Sexto.- Intimar a TRANSCONT para que en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, modifique sus estatutos, suprimiendo la letra j) del artículo 7, y rectifique la letra i) del mismo artículo de forma que no figure entre sus funciones la elaboración de tarifas. En caso de incumplimiento se les impondrá a las asociaciones sancionadas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Séptimo.- Imponer a TRANSCONT y ALTC la obligación de distribuir a todos sus asociados el contenido íntegro de esta resolución y de publicar en el plazo de dos

meses a contar desde la notificación de esta resolución, su parte dispositiva, en dos publicaciones. Una de ellas ha de ser la de mayor difusión diaria en la Comunidad Autónoma de Cataluña de entre las de ámbito nacional, mientras que la otra deberá ser la de mayor difusión nacional de entre las publicaciones portuarias y marítimas. En caso de incumplimiento se les impondrá a las asociaciones sancionadas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

TERCERO: Hemos de examinar dos alegaciones que con carácter previo a las cuestiones de fondo alega la actora, la relativa a una posible prejudicialidad penal y la segunda relativa a la caducidad del expediente.

Como correctamente señala el Sr. Abogado del Estado, la recurrente no concreta los hechos coincidentes en el expediente tramitado por la CNC y hoy enjuiciados por esta Sala y los que son objeto de instrucción penal, porque los actos de boicot, aún cuando tengan efecto incidental en los hechos que ahora enjuiciamos, no constituye el objeto principal de los mismos, sino un elemento tangencial de los hechos analizados en la Resolución impugnada.

En cuanto a la caducidad del expediente, también acogemos los razonamientos del Sr. Abogado del Estado, ya que, además de la suspensión solicitada por la interesada ha de descontarse el plazo para practicar lo acordado en la diligencia para mejor proveer de 17 de enero de 2008, siendo remitida la documentación en ella reclamada el 21 de febrero de 2008 y las alegaciones de la recurrente son de 17 de marzo de 2008, también debe descontarse este plazo, por lo que no se ha excedido el plazo de doce meses, computado en la forma que establece el artículo 56 de la Ley 16/1989 y sin olvidar que la audiencia de las partes sobre la documentación remitida es, aún no previsto expresamente, un trámite ineludible desde la óptica del derecho de defensa.

CUARTO: Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados por las pruebas practicadas, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes:

“Las conductas sometidas a análisis bajo la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 en el presente expediente tienen su efecto en el servicio de transporte de contenedores por carretera con origen o destino el Puerto de Barcelona. Este puerto es uno de los 44 puertos españoles que está declarado de Interés General, por lo que sus competencias no están transferidas a la Comunidad Autónoma en la que está ubicado, sino que pertenecen a Puertos del Estado, estando su gestión encomendada a una de las 28 autoridades Portuarias existentes, en este caso a la Autoridad Portuaria de Barcelona (APB). Puertos del Estado ejerce sus facultades “en nombre del Estado en virtud de lo dispuesto en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre”...

Del informe anterior se concluye que en la actividad analizada concurren tres tipos de figuras: los Consignatarios y Transitarios, las empresas de transporte ubicadas en el Puerto de Barcelona y asociadas en ALTC, y los autónomos del transporte asociados en TRANSCONT y en AMETRACI. En dicho informe la APB describe el desarrollo de la actividad objeto de este expediente de la forma siguiente: “El contratante del servicio es generalmente un consignatario o un transitario, estos pasan la orden de transporte a una empresa quién realiza el servicio ya sea a través de sus propios chóferes o mediante alguno de los autónomos que trabajan

regularmente para ella. Debido a que las cargas generadas en el puerto tienen un flujo regular, cada empresa tiene un número de autónomos fijo asignado, que trabaja habitualmente para ella". Por lo tanto el cliente que demanda el servicio final es principalmente el consignatario o transitario, pero no lo contrata directamente con los autónomos, sino con las empresas de transporte, empresas que o no tienen flota propia de camiones, o si la tienen no siempre es suficiente para prestar todo el volumen de servicios contratado, por lo que unas y otras subcontratan a los transportistas autónomos. Existe, pues, una relación vertical entre los asociados de ALTC, empresas con o sin chóferes, y los asociados de TRANSCONT, transportistas autónomos que suelen trabajar con bastante estabilidad para la misma empresa. Las declaraciones de la APB respecto a estas relaciones y su estabilidad vienen acreditadas por las facturas aportadas al expediente, en las que consta que los clientes de los transportistas autónomos son siempre empresas de transporte (f409-553), mientras que los clientes de las empresas de transporte son siempre empresas consignatarias y transitarias. (f1304-y ss).

La APB describe que todos los camiones que pertenecen a los asociados de TRANSCONT se identifican mediante un número blanco sobre fondo azul, comprendido entre el 1 y el 1000. Este número es vendido o alquilado por la asociación con el fin de controlar el censo de camiones y, en consecuencia, evitar que operen en el puerto camiones sin número. La APB también sostiene que existe coacción por parte de TRANSCONT sobre los camiones que operan en el puerto sin número y sobre las empresas de ALTC para que éstas mantengan un número de camiones limitado. También denuncian que: Las amenazas y las coacciones se utilizan también para: Mantener una tarifa de referencia obligatoria sobre los servicios realizados por los camiones portacontenedores, asegurar que las empresas distribuyen los servicios de forma equilibrada entre sus chóferes y los autónomos asignados ya tengan mucho o poco trabajo y asegurar que las empresas pagan a los autónomos en los plazos convenidos.

En el año 2004 TRANSCONT, continua el informe de la APB, ha realizado las siguientes acciones:

- Ha vendido un total aproximado de 60 números a un precio aproximado de 1 millón de pesetas por número principalmente a los miembros de la asociación AMETRACI: estos números permiten que estos camiones trabajen en el puerto pero no tienen derecho a voto en las asambleas de TRANSCONT. Un número con derecho a voto se cotiza entre los 3 ó 4 millones de pesetas.

- Ha alquilado un total de unos 50 números a razón de 30.000 pesetas número/mes sin derecho a voto en la asamblea.

- Ha creado una empresa de facturación que se dedica a cobrar a las empresas de transporte de contenedores los servicios realizados por sus asociados. En un principio ninguna de las empresas que utilizan autónomos quería utilizar los servicios de esta empresa pero las amenazas y coacciones les han forzado a hacerlo.

Los daños, pinchazos de ruedas, rotura de cristales se producen generalmente de noche en las zonas de aparcamiento en el interior del recinto portuario, pueden también producirse en el exterior, ya sea en las bases de los camiones de las empresas en el entorno de Barcelona o en plena carretera ya que en ocasiones los camiones que incumplen las normas son seguidos y dañados a bastantes kilómetros del puerto...

TRANSCONT es una asociación sin ánimo de lucro destinada a la defensa, protección y desarrollo de los intereses colectivos de los autopatronos y trabajadores autónomos del Puerto de Barcelona dedicados a la actividad del transporte de

mercancías por carretera. De acuerdo con el artículo 2º de sus estatutos "agrupa a los transportistas dedicados al transporte de contenedores y afines del y para la provincia y Puerto de Barcelona y servicios afines que voluntariamente quieren integrarse".

Entre sus funciones y facultades están (folio 323):

"i) Llevar a cabo estudios de mercado, tarifas, y demás de interés para sus miembros, facilitándoles cuanta información convenga, incluso mediante la edición y publicación de boletines, revistas o estudios.

j) Establecer turnos de contratación y espera para regular el transporte de contenedores y afines, cuando así convenga a la peculiar actividad que desarrollan, así como, cualesquiera otras funciones que se consideren necesarias o convenientes para alcanzar los fines o la defensa de los legítimos intereses de sus miembros"

Los socios y colaboradores de TRANSCONT llevan una placa identificativa o distintiva (f437-445, 480, 522, 542, 544, 551) que, según la asociación, se utiliza con el fin de facilitar a los operarios de las grúas que realizan la carga y descarga de los contenedores la identificación de los camiones en los que tienen que cargar las mercancías.

La Jefatura Superior de Policía, Comisaría del distrito IX, Puerto de Barcelona ha elaborado un informe (f542), tras la solicitud de información del SDC, en el que se declara que la Fiscalía Provincial tiene abierto expediente por numerosos hechos denunciados en los que los hechos son cometidos supuestamente por Asociados de TRANSCONT contra vehículos y personas en el puerto de Barcelona, y que dicha Fiscalía ha autorizado la contestación a la solicitud de información del SDC. Este informe establece que:

- "TRANSCONT está formada en la actualidad por unos 650 socios que son autónomos profesionales del transporte; todos estos asociados en cada camión portan una pegatina de color azul con un número colocado en la cabina y parte trasera de los camiones, al objeto de ser identificados con facilidad. Esta sociedad a su vez está conexas con otras asociaciones de transportes, ubicadas en este puerto, a saber: ASOCIACIÓN LOGÍSTICA DE TRANSPORTES DE CONTENEDORES, (ALTC).

- Conflictos entre asociaciones de transportistas: el conflicto es permanente con el resto de empresas de transportes ubicadas en este puerto, a las que ejerce presión al objeto de eliminar la competencia en el transporte portuario y hacerse con el monopolio del mismo, manteniendo las tarifas que le interesa y controlando el servicio a distribuir.

Igualmente se sabe de la existencia de unos "números" que facilitan para que los camioneros "puedan" trabajar en el puerto; unos los venden al precio de 6.000 € cada uno, si bien por este precio los compradores no tienen voto en las asambleas y hay otros que venden con derecho a voto si bien su precio asciende a 18.000 ó 20.000 €; también hay una cantidad de dichos números que los alquilan a unos 180 €, también sin derecho a voto.

La presión sobre las empresas de transporte se materializa en coacciones mediante la práctica por parte de asociados TRANSCONT, de actos violentos contra los conductores de las diferentes empresas.

Con el mismo objeto, practican igual sistema en otros puertos españoles. A principios del mes de marzo del corriente año, con motivo de los conflictos en el sector del transporte en el Puerto de Valencia, en donde se estaban produciendo una serie de amenazas y daños intencionados (quema de camiones, daños en

plataformas, pinchazos masivos de ruedas etc.,) se llevó a cabo la detención, por parte de la Jefatura Superior de Valencia, de la cúpula de TRANSCONT-VALENCIA.

- GRUPO MIXTO: Se trata y está compuesto por la cúpula de "ALTC" que como se decía anteriormente, es una asociación de empresas de transportes de contenedores que operan en el Puerto de Barcelona y la cúpula de TRANSCONT. Este Grupo Mixto se reúne periódicamente y cuando lo creen necesario para resolver "problemas" y tomar acuerdos relacionados con el transporte en este puerto".

Además de la figura del socio, en TRANSCONT existen lo que se denominan "colaboradores" que son transportistas autónomos que han firmado acuerdos de colaboración con TRANSCONT y pagan (f382, 401, 405, 406, 437, 440, 444, 448, 472, 478, 480, 483, 522, 525, 529, 544, 547, 550, 557) un donativo o cuota inicial de 6.000 euros, más una cuota mensual de 32,50 euros...

El contenido del "Contrato de colaboración y aportación de donación" se materializa en los siguientes pactos (entre otros muchos) (f13-15):

"Primero. La asociación TRANSCONT y el Sr. [...] acuerdan en este acto la colaboración de éste con la Asociación TRANSCONT para el desarrollo e interés de las actividades e intereses de dicha asociación durante el plazo de indefinido.

Segundo. La colaboración acordada en el Pacto Primero se llevará a efecto por los colaboradores mediante un donativo de colaboración, que podrá ser efectuado de manera fraccionada a determinar entre la Asociación y el colaborador.

Tercero. De conformidad con lo establecido en el Pacto Segundo, el donativo de colaboración tiene carácter irrevocable, es decir, el donativo de colaboración se efectúa por el colaborador de manera voluntaria y definitiva con el compromiso de no reclamar contraprestación alguna a cambio que no sea la de colaboración como colectivo no integrado en la asociación TRANSCONT.

Cuarto.- Así mismo, la aportación o donativo señalado no tendrán otra contraprestación que la colaboración acordada en este documento, sin constituir para TRANSCONT ninguna obligación para con el colaborador que las propias de la actividad e intereses que protege dicha asociación...

Sexto. La forma de realizar el donativo, de acuerdo con el pacto segundo de este documento, será mediante tres pagos fraccionados de 2000 euros cada uno, el primero al efectuar la formalización de este documento, el segundo en los seis meses siguientes al primero, y el tercero a los doce meses del primero, extendiéndose recibo acreditativo de los mismos.

Séptimo. Las facturaciones de los colaboradores se confeccionarán en la sede de TRANSCONT para mantener un seguimiento del volumen tarifario en las empresas de origen.

Octavo. La colaboración acordada en el presente documento no faculta al colaborador a la asistencia a asambleas generales ni a ocupar cargos de responsabilidad en la asociación.

TRANSCONT constituye una sociedad, BCN TRANSCONT IBERICA DE TRANSPORTE DE CONTENDORES S.L. con el objetivo de que todos los autónomos realicen su facturación a través de esta sociedad. Según consta en el acta de 9 de julio de 2004 (f340):

"Segundo punto, creación de ITC creada para dedicarse a la gestión Administrativa de TRANSCONT bajo el consenso de todos los asociados o en su defecto por sus representantes legales "delegados de empresa", esta empresa ya ha comenzado sus actividades con personal de TRANSCONT, y hace dos meses ha empezado a gestionar el cobro de la factura de algunos asociados voluntarios a fin

de comprobar la eficacia del sistema. Previa aprobación de todos los Asociados se deberá facturar mediante ITC y deberán decidir si están a favor del sistema de facturación mediante el cual se cobra la tarifa de referencia o deciden cobrar libremente e individualmente.

Toma la palabra [...], Sobre el tema del cobro a través de ITC comenta que no está de acuerdo ya que si quieren comprobar que no hay competencia desleal, se puede demostrar con la factura y el talón que hace la empresa.

Con respecto al cobro por ITC [...] le comenta al Sr. [...] que su desconfianza y negativa rotunda ante esta gestión no tiene ningún fundamento y personalmente opina que lo que teme el señor [...] es la pérdida de sus propios intereses o especial trato de favor que tiene la empresa hacia él.

Ratificación de la creación de ITC así como el traspaso de capitales de la Asociación a la empresa y viceversa”.

El mecanismo de funcionamiento de esta empresa de facturación centralizada es el siguiente:

“El transportista autónomo es el que se encarga de dar la información a los servicios administrativos de TRANSCONT para que le confeccionen la factura, (la factura se confecciona a su nombre), una vez confeccionada la factura, el transportista autoriza a TRANSCONT para que realice la gestión del cobro de la factura, para ello firma la factura autorizando de esta forma el cobro de la misma. Cobrada la factura por TRANSCONT, se realiza una transferencia a la cuenta bancaria del transportista autónomo por la totalidad de su factura, TRANSCONT, NO COBRA por este servicio, está todo incluido en la cuantía mensual de asociados y colaboradores, expuesto en el punto 1. La facturación se realiza con una periodicidad mensual, y se estructura por clientes, cada cliente tiene asignado un determinado grupo de transportistas, colaboradores habituales elegidos por el propio cliente en función de su flujo de servicios. Las “empresas de origen”, son los clientes, de donde nacen los servicios.”

Esta empresa consta inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona, en la sección 8, hoja 291269, constituida el día 2 de febrero de 2004 (f148), figurando como administrador único el presidente de TRANSCONT.

TRANSCONT ha confirmado que BCN cerró su actividad en el mes de mayo de 2006 (f393.CNC)...

TRANSCONT distribuyó un listado de tarifas para 2005 (f378-381-SDC), en el que constan la tarifa por kilómetro para distancias superiores a 207 Km., y las tarifas fijas por radios de distancia que cambian en tramos de 10, 20, 25 ó 30 km. Además existen tarifas para otros servicios y conceptos como son el tiempo de carga y descarga, paralizaciones, traslado de contenedores o servicios contratados por horas. También se incluyen hasta 20 condiciones de cómo facturar al cliente en función de las características específicas del servicio, y todas estas indicaciones están expresadas en tono imperativo: “se aplicará...”, “se facturará...”, “se contarán...” “se facilitará...”, “tendrán un incremento de...”, “se dividirán...”.

Constan en el expediente hasta 4 tipos de tarifas aportadas por TRANSCONT: (1) las tarifas de referencia 2005, (2) las tarifas de referencia 2005 enganche, aplicables cuando el cliente dispone de remolque propio y el autónomo sólo engancha su vehículo al remolque y que son un 12% inferiores, (3) las tarifas de referencia para Baleares (Islas 1) superiores a las de referencia generales y con una referencia explícita que dice “Esta tarifa será de obligado cumplimiento a partir del 1 de enero de 2005”, y (4) las tarifas de referencia para Canarias y Casablanca (Marruecos) 2005 (Islas 2 y 3), que son inferiores a las de referencia generales de

2005 y que se presentan como "Tarifas en vigor del 01-01-2005 al 31-12-2005" y con espacio habilitado para la firma de las mismas por parte de "Delegado de Autónomos" y "Norcarga S.A." (para la de Islas 2), y "Delegado de Autónomos" y "Trasmar Logística", para las de Islas 3. (f370-381).

Respecto a las tarifas, el presidente de TRANSCONT, en el f347, responde al SDC en los términos siguientes: "Cada año en el mes de marzo se actualizan las tarifas de referencia, la actualización se lleva a cabo entre las partes, es decir, por un lado los asociados y colaboradores de TRANSCONT (representados por la Junta de TRANSCONT), y por el otro lado, las asociaciones empresariales del sector, y las empresas que los contratan, es decir, los clientes de los asociados y colaboradores de TRANSCONT, lo que denominamos empresas de origen. Generalmente dicha actualización consiste, en el incremento de tarifas según el IPC. Una vez aprobadas por ambas partes las tarifas de referencia, se entrega una copia a cada uno de los asociados y colaboradores."

La Autoridad Portuaria de Barcelona (APB) ha aportado al expediente copia de las tarifas de 2005 (f430), resultando ser idéntico al escrito aportado por TRANSCONT, salvo que en el recibido por la APB figura como cabecera "TARIFAS TRANSCONT 2005", mientras que en el aportado por TRANSCONT figura "TARIFAS DE REFERENCIA 2005".

QUINTO: En cuanto a las alegaciones contenidas en la demanda sobre denegación de prueba, declaración de confidencialidad y valoración de prueba, hemos de señalar:

1.- la admisión o denegación de la prueba es facultad del Servicio de la CNC, y no se razona en la demanda la necesidad su práctica. Por otra parte, se han practicado ante la Sala las propuestas por el recurrente, que, como se decía, no ha desvirtuado los hechos imputados, ni las testificales ni las practicadas por vía de informe.

2.- todos los hechos imputados encuentran su soporte probatorio en declaraciones y documentos a que la interesada tuvo acceso.

3.- en cuanto a los informes de la Autoridad Portuaria y de la Policía, no pueden calificarse de indicios o presunciones, pues tratándose de autoridades que informan sobre hechos de los que han tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones públicas, tienen la fuerza que les otorga tal carácter y constituyen prueba directa. Por otra parte, no sólo se basan los hechos imputados en tales informes, sino también en otros documentos, como las actas elaboradas por la propia recurrente. Por lo que hace a las manifestaciones atribuidas a personas no identificadas, corroboran hechos ya acreditados por los medios anteriores, y por lo tanto su identificación no es relevante pues los hechos que afirman se encuentran ya acreditados por otras documentales.

SEXTO: Entrando en el fondo del asuntos, la primera crítica que se contiene en la demanda, es respecto a la calificación de cártel, en la medida en que la CBNC hace referencia a relación vertical y horizontal indistintamente.

Pues bien, desde un punto de vista económico existe coincidencia en la doctrina en definir el cártel como el convenio entre varias empresas del mismo sector que tiene como fin evitar la mutua competencia, así como regular la producción, la venta y la fijación de precios, y precisamente en ello reside la esencia de los hechos imputados, lo que resulta de la simple lectura de los mismos. La restricción

horizontal se articula, en los hechos probados, como un cártel en los términos antes expuestos.

Así la CNC afirma:

“La instrucción realizada por el SDC ha revelado la existencia de una serie de hechos cuya acreditación constituye, como se irá viendo a lo largo de los siguientes fundamentos de derecho, sin duda alguna para este Consejo, la materialización de un acuerdo de cártel en el servicio del transporte de contenedores con origen o destino en el puerto de Barcelona. Instrumentalizado por la asociación de transportistas autónomos del puerto por un lado, TRANSCONT, y por la asociación de empresas transportistas del puerto por otro, ALTC. El cártel se habría constituido con el objeto de controlar el transporte por carretera de contenedores desde y con destino en el puerto de Barcelona, para repartirse dicho mercado entre los miembros del cártel. Los instrumentos empleados en la consecución de dicho fin son numerosos y todos ellos típicos de un acuerdo de cártel como el aquí analizado. Como primera medida para esta cartelización del mercado tenemos el intento de monopolizar la totalidad del mismo, para favorecer la estabilidad del cártel.... El sector del transporte de contenedores por carretera es un sector muy atomizado, donde una parte importante de la oferta la constituyen autónomos con un solo vehículo para realizar su trabajo. Para mantener la estabilidad de un cártel de estas características se precisan elementos de control que permitan justamente controlar tanto la expansión y desarrollo de los ya existentes, como el acceso al mercado de los nuevos oferentes. En el caso presente se han acreditado dos instrumentos, uno para controlar la expansión de los socios no autónomos, esto es, las empresas de transporte de ALTC ya integrados en el cártel, y otro para el acceso de nuevos entrantes, autónomos o empresas de transporte. En el caso de empresas de transporte ya asociadas, el asociado debía obtener la aprobación del cártel para incrementar el tamaño de su flota, tal y como ocurre en el cártel aquí analizado según muestra el AH 19, que recoge el Acta de la junta general de ALTC de 3 de mayo de 2004, en la que uno de sus asociados pide que se les dé a los asociados la “oportunidad de incrementar su flota de la misma forma que se ha hecho con TET”, solicitud que es respondida por el presidente diciendo que “fue una decisión conjunta con TRANSCONT para una cuestión muy concreta, y que en todo caso puede debatirse con la citada Asociación”.... Respecto a la limitación del mercado mediante el control de nuevos entrantes, éste se instrumentalizó creando la necesidad de cumplir algún tipo de requisito cuyo cumplimiento dependía de la asociación, como es el tener que exhibir en los vehículos un número identificativo, ya sea de TRANSCONT o de ALTC, para poder prestar el servicio de transporte de contenedores en el recinto del puerto de Barcelona.... Por todo lo anterior este Consejo considera acreditado en el expediente que el cártel aquí denunciado estableció mecanismos de cierre de mercado en el transporte de contenedores por carretera en el puerto de Barcelona, controlando los incrementos de la flota de vehículos de sus asociados y exigiendo el uso de distintivos que ellos mismos otorgaban para poder acceder al mercado.”

Por otra parte se afirma por la CNC un acuerdo de reparto de mercado:

“Los propios estatutos de TRANSCONT, en su apartado j) (AH 7) señalan como una de las funciones de la asociación la de “establecer turnos de contratación y espera para regular el transporte de contenedores y afines, cuando así convenga a

la peculiar actividad que desarrollan". Este Consejo no puede sino interpretar esta función como un reparto del mercado entre los asociados, y las alegaciones de TRANSCONT intentando justificar esta función para organizar y regular los accesos de los camiones con fines de facilitación logística para evitar colas y aglomeraciones no hacen más que confirmar lo evidente, el reparto de mercado. No es función de la asociación que sus socios se empeñen en labores de "guardias de tráfico" en el interior del recinto portuario, ni que diseñen horarios y turnos de carga para mejorar la eficiencia del servicio en el puerto, cuando existe claramente una entidad a quien compete legalmente estas funciones, y que no es otra que APB (AH 1). De este modo la asociación lo que está haciendo es usurpar unas funciones de ordenación y normalización con el único objeto de proceder al reparto del mercado entre sus socios."

Se imputa por tanto claramente una restricción a la competencia a través de un cártel.

La recurrente afirma respecto de estas afirmaciones, en esencia, que no se sostienen en un soporte probatorio, pero por más que la actora niegue fuerza probatoria a las afirmaciones de los socios de AMETRACI y a las pruebas complementarias de hechos acreditados por otras pruebas, como es el acta de ALTC, lo cierto es que de la valoración conjunta de todas las pruebas practicadas resulta la certeza de los hechos que analizamos. Por otra parte, la propia recurrente afirma los hechos relativos a la identificación.

Tampoco es establecimiento de turnos de contratación se justifica por la ordenación del tráfico portuario, que, como se afirma en la resolución, no entra en el ámbito de actuación de la actora.

En cuanto a las tarifas, como sostiene el Sr. Abogado, que coincidan con las establecidas por la Administración, no confiere facultades a la actora para establecerlas.

Se afirma en la resolución impugnada:

"La fijación de precios constituye la esencia misma de los cárteles a lo largo de la historia, lo que también está presente en el caso objeto de esta resolución, como se concluye de la observación de numerosos hechos que a continuación se señalan. Tenemos en primer lugar la existencia de unas tarifas para los servicios de transporte prestados por autónomos para el año 2005 denominadas por TRANSCONT como tarifas de referencia, y aportadas por ellos al expediente. Se trata de un pormenorizado listado de tarifas y cuya lectura permite observar frases como "estas tarifas son de obligado cumplimiento", como en el caso de las tarifas a las Islas 1; contienen un detallado listado de tarifas para todo el tipo de casuística que puede suceder en el servicio; todo el documento está escrito en modo imperativo, más que en tono de sugerencia; y en ciertas hojas de tarifas se puede encontrar espacio habilitado para la firma de las empresas de transporte, a la izquierda, y el correspondiente espacio, a la derecha, para albergar la firma del "delegado de autónomos". Es decir, esas tarifas de referencia han sido plasmadas en un documento con formato para ser firmado por la Asociación y las correspondientes empresas de transporte, como se describe en el AH 12.

En segundo lugar constan declaraciones del presidente de TRANSCONT, que se recogen en el AH 12, en respuesta a una solicitud de información del SDC en las que se reconoce que las actualizaciones anuales de las tarifas se llevan a cabo

entre la junta de TRANSCONT y las asociaciones del sector y las empresas de origen, en concreto se dice textualmente: “una vez aprobadas por ambas partes las tarifas de referencia, se entrega una copia a cada uno de los asociados y colaboradores”.

Respecto de la aptitud de la conducta para producir la restricción competitiva, la CNC recoge la doctrina afirmada reiteradamente por esta Sala respecto que no es necesario la efectiva restricción pero si la aptitud potencial para restringir la competencia, en los siguientes términos:

“En cuanto a la pretendida falta de virtud para alterar la competencia que alega TRANSCONT, basta recordarle al denunciado que el artículo 1.1. LDC prohíbe todo pacto, concierto o acuerdo de voluntades independientes que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de limitar la competencia, cualquiera que haya sido la intención de las partes que intervinieron en el mismo. Por tanto, como ya ha manifestado el TDC en anteriores resoluciones “se trata de un concepto objetivo de acuerdo, pues éste resultará prohibido cualquiera que haya sido la motivación que guió la actuación de las partes, si por su contenido o/y contexto económico se muestra apto para restringir la competencia. Un efecto restrictivo que se presume en todo acuerdo entre competidores que tenga por objeto la fijación, directa o indirecta, del precio del servicio que prestan quienes se conciertan con este fin”. Sin que, en el presente caso, pueda obviarse que resulta curioso que se llegue a afirmar que un acuerdo o recomendación de precios carezca de aptitud para alterar la competencia.”

Por último se analiza el instrumento de castigo en los siguientes términos:

“En el presente expediente está acreditado que tal instrumento, el del castigo, ha sido efectuado contra un miembro de la asociación de TRANSCONT que decidió no cumplir con el acuerdo de negativa de suministro acordado por el cártel, como así ha sido reflejado en el acta de TRANSCONT del día 25 de abril de 2003 (AH 14) en la que textualmente se dice “... e hizo caso omiso a la negación de servicios que estábamos realizando a las terminales”, decidiendo por votación mayoritaria sancionar a ese miembro. El castigo consistió en una sanción pecuniaria y en la inhabilitación para ocupar cargos de representación en la asociación. Consta en actas posteriores que la sanción pecuniaria finalmente fue eliminada, pero no así la de inhabilitación de cargo representativo en la asociación, que se llevó a cabo cuando éste pretendió ocupar uno en la nueva junta directiva de TRANSCONT.”

Para la graduación de la sanción hemos de atender a las afirmaciones contenidas en la Resolución:

“...la actividad de transporte de contenedores por carretera desde, o hacia el Puerto de Barcelona ha sido objeto de una autorregulación colusiva del mercado, estructurada en torno al elemento clave de todo cártel: el reparto del mercado entre los miembros de cártel y la fijación de precios, eliminando la competencia.... Esta conducta, grave en sí misma por la supresión de la competencia que conlleva, es aún más grave si se tiene en cuenta que se trata de un servicio que ha sido objeto en las últimas décadas de los cambios legislativos pertinentes para liberalizarlo, tanto a nivel comunitario como nacional. Esta conducta, que además ha incluido

otros instrumentos para asegurar el mantenimiento del cártel, como son la supervisión, el control y el castigo, han pretendido no sólo usurpar el papel del regulador, sino anular todos los efectos por éste pretendidos al introducir competencia en este mercado. Los efectos negativos de esta conducta son, si cabe, aun de mayor importancia en este caso, ya que puesto que el transporte de contenedores por carretera constituye un servicio básico y complementario a toda instalación portuaria, a su vez instalación básica para el comercio exterior, las conductas imputadas, que han sido ampliamente difundidas en todos los medios de comunicación, afectan muy directamente a la imagen y prestigio internacional de éstas instalaciones. Por ello, estas conductas afectan muy negativamente tanto a los esfuerzos de liberalización de las actividades portuarias que recientemente se han llevado a cabo en todo el territorio español, como a los esfuerzos inversores y de modernización que la Autoridad Portuaria de Barcelona viene realizando, con el objeto de que éstos ganen en competitividad con el resto de puertos del Mediterráneo, lo que sin duda redundará en un beneficio para el conjunto de la economía española.... Necesariamente ha de hacerse referencia a los actos de boicot, cuando no a los actos vandálicos realizados contra quienes tenía "la osadía" de penetrar en territorio reservado a los afiliados a TRANSCONT. Como se ha indicado con anterioridad, algunas de estas conductas han sido sancionadas como delictivas, y otras están pendientes de sentencia. No se trata ahora, como anteriormente se ha indicado, de enjuiciar esas conductas aisladamente, sino simplemente señalar que el cártel no sólo tiene todas las características que les son propias, sino que pertenece a la categoría de los más agresivos."

Estos razonamientos, que la Sala comparte, justifican la imposición de la sanción en su grado máximo ya que se reconoce una especial gravedad en la conducta y especial afectación al interés público.

Respecto a la sanción se afirma:

"El cálculo de la sanción pecuniaria que procede imponer viene regulado en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, donde se establece la posibilidad de castigar las infracciones a los artículos 1, 6 y 7 con multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. La cuantía ha de ponderarse atendiendo a la importancia de la infracción.... El cálculo de la sanción pecuniaria que procede imponer viene regulado en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, donde se establece la posibilidad de castigar las infracciones a los artículos 1, 6 y 7 con multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. La cuantía ha de ponderarse atendiendo a la importancia de la infracción."

Respecto del cálculo concreto, se consideran los datos extraídos por la CNC como se verá, al no tener en su poder datos directos de la interesada y se toma como referencia el año 2006 – anterior al expediente -:

"La importancia de los efectos de un cártel, y de ahí el montante de la sanción, vendrá determinado por la cifra de negocios de quienes forman parte del mismo. A este efecto se procedió, mediante Diligencia para mejor proveer, a solicitar tanto a la

APB, como a TRANSCONT y ALTC, la información necesaria para intentar estimar el volumen de negocios, no de las asociaciones que, como tales no tienen cifra de negocios, sino de sus asociados, en calidad de responsables últimos de la conducta. No se ha obtenido el volumen de facturación de TRANSCONT en la prestación del servicio de facturación a sus asociados que se solicitó en dicho acto, y en su respuesta, nos ofrecen una estimación porque los documentos originales se encuentran en el juzgado que está instruyendo ciertas denuncias contra la junta directiva de TRANSCONT. Esta estimación es de 907.424 euros para 2005 y representaría, según TRANSCONT al 65% de los socios. La extrapolación al 100% de los socios nos llevaría a 1,4 millones de euros para la totalidad de los asociados a TRANSCONT, cifra, a todas luces inverosímil, aun desconociendo cuál es la facturación media de dicho 65%, si comparamos con las estimaciones realizadas y que a continuación se exponen.

De dicha información hemos obtenido tanto el número de socios como la flota de camiones total de ambas asociaciones para el año 2006. También disponemos del número estimado de la APB respecto a la totalidad de contenedores que entran y salen, llenos o vacíos, del recinto portuario de Barcelona. Este último dato nos ha permitido estimar que cada camión puede efectuar de media 1,4 servicios al día, en contra de los que declara TRANSCONT, para quien es poco habitual que un mismo camión pueda realizar dos servicios al día. También constan en el expediente una serie de facturas mensuales de autónomos, a través de las cuales se ha podido estimar la media mensual de facturación de un autónomo, que extrapolando a un año y a la totalidad de los miembros de TRANSCONT nos daría un volumen de facturación para el conjunto de miembros de esta asociación de 73,4 millones de euros. Para contrastar estas estimaciones, y valorar la verosimilitud de su orden de magnitud, se cuenta con dos valores. Uno de ellos es el aportado por la APB en un estudio de valoración del impacto económico producido por una huelga del transporte de contenedores en el puerto de Barcelona, en el que para el año 2000 se cifra en 597 millones de euros el volumen de ingresos por las ventas de servicios prestados al tráfico de contenedores. El otro es la estimación en la que el TDC basó la sanción en el expediente 560/00 Transportes Mercancías Vizcaya, que consideraba un volumen de negocio de 120 millones de euros para un movimiento de camiones al año de 188.000 camiones movidos por los imputados. Teniendo en cuenta que en este caso el movimiento de camiones de ambas asociaciones se estima en 486.000, las estimaciones realizadas por este CNC resultan moderadas porque se encuentran notablemente por debajo de ambos valores.”

Se fija la sanción como sigue:

“Dada la diferencia de cifras y a pesar de la notable diferencia entre las estimaciones de la CNC y las aportadas por la APB en el cálculo del impacto de la huelga, la CNC ha considerado oportuno tomar como base las estimaciones realizadas por ella sobre las declaraciones reales de facturación que los autónomos han aportado al expediente, así como la de empresas de transporte. Es decir, 73,4 millones para los asociados a TRANSCONT y 76 millones para los asociados a ALTC, y por tanto el 10% de dichas cifras nos da las sanciones aplicables a cada una: 7,34 millones de euros para TRANSCONT”

Se respeta el principio de proporcionalidad en la fijación de la sanción, y se realiza con estricta aplicación de las normas de aplicación.

SEPTIMO: De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Asociación de Autopatronos y Empresarios de Transporte de Contenedores y Afines por Carretera (TRANSCONT)**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Jesús González Díez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de abril de 2008**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.